
De aanwijzingsbevoegdheid in de praktijk

Inleiding

Artikel 2:146 BW (vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang)¹ en de redactie ervan hebben reeds vele malen tot discussie geleid. De aanwijzingsbevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) is daarbij echter enigszins het ondergeschoven kindje gebleken. De vraag hoe in de praktijk dient te worden omgegaan met de uitgebreide en dwingende aanwijzingsbevoegdheid van de AVA, is echter, zeker bij vennootschappen met een gespreid aandelenbezit, zeer actueel.²

Op 13 januari 2006 heeft de voorzieningenrechter te Rotterdam een uitspraak gewezen waarin de praktijk van de aanwijzingsbevoegdheid een grote rol speelt. Bovendien laat de voorzieningenrechter in deze uitspraak naar mijn mening een aantal steekjes vallen. Al met al voldoende reden voor een bespreking.

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam³

Feiten

Op beursfonds DIM Vastgoed N.V. (hierna: DIM Vastgoed) is in oktober 2005 een (mislukt) bod uitgebracht door Southeast U.S. Holdings B.V. (hierna: Southeast). Southeast, een 100% dochter van Equity One N.V. (hierna: Equity One), heeft daarop aandelen bijgekocht en is thans een van de aandeelhouders van DIM Vastgoed. Deze beleggingsmaatschappij in de zin van de Wet toezicht beleggingsinstellingen en het Besluit toezicht beleggingsinstellingen heeft één statutair bestuurder, DIM B.V. (hierna: DIM).

De bestuurswerkzaamheden van DIM worden verricht op basis van een directie- en managementovereenkomst (hierna: DMO) tussen DIM Vastgoed en DIM. Deze overeenkomst loopt tot eind maart 2007 en wordt automatisch voor een periode van vijf jaar verlengd als zij niet uiterlijk op 31 maart 2006 expliciet wordt opgezegd.

Southeast en Equity One zijn van mening dat DIM, als statutair bestuurder van DIM Vastgoed, een tegenstrijdig belang heeft. Dit tegenstrijdig belang bestaat erin dat DIM een aanzienlijk financieel belang heeft bij voortzetting van de DMO, welk belang strijdig is met het belang van de vennootschap en haar aandeelhouders. Daarom hebben Southeast en Equity One, bij brieven van 9 en 19 december 2005,

-
1. Hetgeen in dit stuk besproken wordt met betrekking tot art. 2:146 BW, gaat logischerwijs eveneens op voor art. 2:156 BW.
 2. Zie o.m. S.M. Bartman, *De katalyserende werking van het tegenstrijdig belang*, WPNR (2005) 6615, p. 237-243 en A.F. Verdam, *Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering*, WPNR (2005) 6626, p. 505-513.
 3. Vzr. Rb. Rotterdam 13 januari 2006, JOR 2006, 39.

het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) van DIM Vastgoed verzocht een AVA bijeen te roepen op uiterlijk 20 januari 2006, en een tweetal agendapunten voorgesteld, te weten:

1. de aanbeveling dat de RvC van DIM Vastgoed onmiddellijk een aanzegging van niet-verlenging van de DMO voorbereidt en deze verzendt aan DIM;
- 2a. een voorstel tot benoeming door de AVA van één of meer personen die DIM Vastgoed zullen vertegenwoordigen inzake de beëindiging, voortzetting dan wel aanpassing van de DMO;
- 2b. alsmede de verkenning van alternatieven voor de DMO en het onderhandelen en sluiten van een nieuwe of aangepaste directie- en managementovereenkomst op basis waarvan DIM Vastgoed per april 2007 zal worden bestuurd.

De RvC van DIM Vastgoed erkent het tegenstrijdig belang, maar heeft op 23 december 2005 aan Southeast en Equity One laten weten dat hij het verzoek niet zal honoreren. Ter motivering hiertoe voert de RvC aan dat hij momenteel leiding geeft aan een proces van evaluatie van de DMO, wat uiteindelijk zal moeten leiden tot opzegging of voortzetting van de overeenkomst. De uitkomsten van dit proces zullen worden besproken in een bijzondere AVA, die gehouden wordt op 17 februari 2006. De aandeelhouders kunnen zich bij deze gelegenheid over het een en ander uitspreken.

Het geschil

Southeast verzoekt de voorzieningenrechter haar te machtigen tot bijeenroeping van een AVA van DIM Vastgoed op uiterlijk 20 januari 2006, met op de agenda de onder 1, 2a en 2b genoemde punten.

Southeast baseert haar verzoek op de stelling dat DIM als statutair bestuurder van DIM Vastgoed betrokken is of wordt in het besluitvormingsproces met betrekking tot voortzetting of opzegging van de DMO. Hierin heeft zij een tegenstrijdig belang. Daarom acht Southeast het wenselijk dat de algemene vergadering één of meer onafhankelijke derden zal aanwijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen bij de beëindiging dan wel aanpassing van de DMO. De op 17 februari 2006 geplande vergadering is te laat, nu onvoldoende tijd resteert om na die datum alternatieven te zoeken voor de DMO.

DIM Vastgoed meent dat het verzoek een redelijk belang ontbeert, nu op 17 februari 2006 reeds een AVA wordt gehouden waarop de onderwerpen die Southeast wenst te bespreken, zullen worden besproken.

Overwegingen voorzieningenrechter

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de artikelen 2:110 en 2:111 BW een aantal voorschriften geven ten aanzien van de procedure ter verkrijging van een machtiging tot bijeenroeping van de AVA. Zo dient een verzoekster summierlijk te doen blijken dat de in artikel 2:110 BW gestelde voorwaarden zijn vervuld en dat zij een redelijk belang heeft.

Vervolgens overweegt de rechter dat voldaan is aan de voorwaarden zoals gesteld in artikel 2:110 BW, nu Southeast, hoewel over het precieze percentage geen consensus bestaat, in ieder geval 10% van het geplaatste kapitaal van DIM Vastgoed vertegenwoordigt, voorafgaand aan het onderhavige verzoek het bestuur en de RvC schriftelijk en onder nauwkeurige opgave van de te behandelen onderwerpen heeft verzocht een algemene vergadering bijeen te roepen en het bestuur en de RvC geen maatregelen hebben getroffen opdat de algemene vergadering binnen zes weken na het verzoek plaats zou kunnen vinden. Er dient dus te worden nagegaan in hoeverre Southeast een redelijk belang heeft bij het verzoek.

Hiertoe neemt de voorzieningenrechter allereerst de datum onder de loop. DIM Vastgoed heeft een algemene vergadering gepland op 17 februari 2006. Indien DIM Vastgoed ingegaan was op het verzoek van Southeast, had zij een algemene vergadering dienen te houden binnen zes weken na dit verzoek, dus uiterlijk op 1 februari 2006. De voorzieningenrechter overweegt dat hoewel de vergadering strikt genomen zestien dagen later gepland is dan wordt voorgeschreven door artikel 2:110 BW, deze vertraging zo gering is dat op dit punt enkel tot toewijzing kan worden besloten, indien Southeast een zeer zwaarwegend en dringend belang heeft.

Southeast heeft aangevoerd dat een op 17 februari 2006 te houden vergadering de aan te wijzen derden te weinig tijd geeft om te onderhandelen over voortzetting of aanpassing van de DMO en tot het sluiten van een nieuwe of aangepaste DMO te komen vóór 31 maart 2006. De rechter maakt echter uit, onder meer, de tekst van de DMO op, dat deze na opzegging per 31 maart 2006 nog twaalf maanden doorloopt. Dit zou de aan te wijzen derden voldoende tijd en gelegenheid geven een nieuwe dan wel gewijzigde overeenkomst voor te bereiden dan wel te sluiten. Naast de praktische bezwaren (na datum uitspraak rest slechts een week tot 20 januari) ontbreekt aldus het zwaarwegend en dringend belang. De voorzieningenrechter acht dan ook geen redelijk belang aanwezig om de vergadering met vier weken te vervroegen.

Vervolgens gaat de voorzieningenrechter in op de punten die Southeast geagendeerd wil zien. Hij overweegt dat Southeast ook hier een redelijk belang moet hebben. Bij de beoordeling daarvan dienen, naar zijn mening, de volgende vragen te worden beantwoord:

- a. Is het achterliggende doel van het verzoek te beschouwen als een legitiem belang van Southeast als aandeelhouder? Daarbij komt het niet alleen aan op het door haar geëxpliciteerde doel, maar ook op een eventueel ander aannemelijk geworden doel.
- b. Is het thans aan de voorzieningenrechter voorliggende verzoek een geschikt en geëigend middel om dat doel te bereiken?
- c. Zijn er omstandigheden van feitelijke of juridische aard die desalniettemin nopen tot de conclusie dat het belang

Vennootschap & Onderneming

dat Southeast heeft, geen redelijk belang in de zin van artikel 2:111 BW oplevert?

Voor wat betreft a. stelt de rechter dat heroverweging van de DMO, en een beperking van de daarmee gepaard gaande kosten, een legitiem doel is voor Southeast als aandeelhouder.

Met betrekking tot b. vervolgt hij dat het ter discussie stellen en eventueel in stemming brengen van voorstellen die kunnen leiden tot opzegging of wijziging van de DMO op een AVA, voor Southeast in beginsel ook een geschikt middel is om dit doel te bereiken.

Worden de voorgestelde agendapunten echter nader bezien, dan blijkt dat het voorgestelde agendapunt 1 niet, althans slechts in beperkte mate, geschikt is voor het bereiken van het gestelde doel. Van een bindende aanwijzing door de AVA aan de RvC kan in het wettelijk systeem immers geen sprake zijn. Wat overblijft, is een aanbeveling van de AVA aan de RvC. Dit kan slechts in geringe mate worden beschouwd als een geschikt middel. De RvC is immers al op de hoogte van de standpunten van Southeast en aangenomen moet worden dat de RvC met dit standpunt reeds rekening houdt.

De voorzieningenrechter meent dat het tweede agendapunt, dat uiteenvalt in twee sub-punten, op zichzelf geschikt moet worden geacht voor het bereiken van het gestelde doel. Voor de vraag of het ook een geëigend middel is, moet – onder meer – worden bezien of er ook minder belastende alternatieven voorhanden zijn.

Southeast heeft aangegeven dat zij onvoldoende vertrouwen heeft in de RvC en vreest dat het rapport van de RvC niet tegemoet zal komen aan haar wensen. De eventueel in stemming te brengen voorstellen zullen, zo vreest Southeast, om die reden niet acceptabel zijn, terwijl de tijd om alternatieven te ontwikkelen waarover besluitvorming in de AVA zou kunnen volgen, dan ontbreekt.

De rechter overweegt dat DIM Vastgoed – door middel van het opstellen van een evaluatie met daaruit voortvloeiende voorstellen door de RvC en het vervolgens presenteren daarvan aan de AVA, waarna deze zich daarover kan uitspreken – de juiste wijze van besluitvorming hanteert, nu zij daarbij tevens de Nederlandse Corporate Governance Code volgt voor wat betreft de regels aangaande de besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang. Het wantrouwen van Southeast ten opzichte van de RvC is bovendien onvoldoende onderbouwd.

Voor wat betreft punt 2b overweegt de rechter daarom dat dit geen geëigend middel is, daar de besluitvormingsprocedure, zoals nu in werking gezet, eerst afgewacht dient te worden voordat kan worden aangestuurd op een ingrijpend alternatief, voorzover dit juridisch en praktisch gezien mogelijk is.

Voor wat betreft agendapunt 2a overweegt de rechter dat artikel 2:146 BW van dwingend recht is en de AVA de ruimte geeft om derden aan te wijzen voor de daadwerkelijke vertegenwoordiging van de vennootschap.

Een dergelijke aanwijzing is in casu, zo vervolgt de voorzieningenrechter, echter geen geschikt en geëigend middel om het gestelde doel te bereiken. Het resultaat zal immers slechts zijn, dat de aan te wijzen derden in feite een vetorecht dan wel verkapt goedkeuringsrecht hebben ten aanzien van de aan hen concreet voorgelegde rechtshandeling. Het komt erop neer, dat die derden kunnen weigeren om namens de vennootschap een stuk te tekenen, dat zou leiden tot opzegging of aanpassing van de DMO. In dat geval brengt de wijze waarop de DMO is geformuleerd, echter mee dat deze automatisch wordt verlengd, hetgeen nu juist de situatie is die verzoekster wenst te voorkomen. Southeast heeft daarom ook bij het opnemen van agendapunt 2a geen redelijk belang.

Uitspraak

De voorzieningenrechter wijst het verzoek in al zijn onderdelen af.

Commentaar

De voorzieningenrechter is van mening dat, ook na een op 17 februari 2006 te houden AVA, voldoende tijd resteert om alternatieven te zoeken voor de DMO. Hiertoe voert hij aan dat de DMO weliswaar voor 31 maart 2006 dient te worden opgezegd, maar dat de overeenkomst vervolgens nog twaalf maanden doorloopt en er dus voldoende tijd resteert om een nieuwe dan wel gewijzigde overeenkomst voor te bereiden dan wel te sluiten. Hoewel ik me afvraag of het praktisch gezien verstandig is een overeenkomst op te zeggen zonder dat zeker is dat hiervoor betere alternatieven beschikbaar zijn, is deze redenering te volgen.

Nadat de voorzieningenrechter het verzoek tot vervroeging van de AVA heeft afgewezen, buigt hij zich over de agenderingsverzoeken. Nowak vraagt zich in zijn noot⁴ af of de rechter het niet bij afwijzing van het machtigingsverzoek had moeten laten, maar klaarblijkelijk gaat deze ervan uit dat het agenderingsverzoek ook ziet op de door de RvC geplande vergadering van 17 februari 2006. Het agenderingsverzoek wordt aldus apart behandeld.

Artikel 2:114a BW bepaalt dat het bestuur of de RvC een agenderingsverzoek kan afwijzen indien een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. De rechter laat dit artikel echter links liggen en toetst ook het agenderingsverzoek aan het 'redelijk belang-criterium' van artikel 2:111 BW. Dit artikel stelt dat verzoeker *summierlijk* moet doen blijken dat hij een redelijk belang heeft bij het houden van de vergadering. Mijns inziens toetst de rechter het agenderingsverzoek aan een verkeerd artikel en kan de

4. V.zr. Rb. Rotterdam 13 januari 2006, JOR 2006, 39, p. 292-293.

door hemzelf aangelegde driestappen-toets ook niet *summierlijk* worden genoemd.

Het eerste agendapunt (aanbeveling aan de RvC) is naar de mening van de voorzieningenrechter geen geschikt middel om het gestelde doel te bereiken. Dit lijkt me juist, daar de AVA geen bindende aanwijzing kan doen en de RvC inmiddels voldoende op de hoogte is van het standpunt van Southeast.

Vervolgens geeft de voorzieningenrechter aan dat het tweede agendapunt op zichzelf geschikt moet worden geacht voor het bereiken van het gestelde doel. De vraag die overblijft, is dus of het ook een geëigend middel is.

Agendapunt 2b is naar de mening van de voorzieningenrechter, buiten het feit dat het praktisch en juridisch gezien tot problemen zou leiden, geen geëigend middel. Er is reeds een van voldoende waarborgen voorziene besluitvormingsprocedure in gang gezet die een minder belastend alternatief vormt. Deze redenering lijkt me juist.

Ten slotte komt de voorzieningenrechter tot de beoordeling van agendapunt 2a. Hoewel hij reeds onderkend heeft dat de aanwijzingsbevoegdheid van de AVA van dwingend recht is, meent hij dat een dergelijke aanwijzing van derden geen geëigend en (bij nader inzien toch ook geen?) geschikt middel is om het doel van Southeast te bereiken. Resultaat hiervan zal immers zijn dat een soort goedkeurings- dan wel vetorecht ontstaat voor de benoemde derden. Zij kunnen vervolgens weigeren de rechtshandeling namens de vennootschap te verrichten, maar door de redactie van de DMO zal dit niet het gewenste effect hebben.

Het is inderdaad juist dat de bijzondere vertegenwoordiger de rechtshandeling niet blindelings mag verrichten, maar een eigen verantwoordelijkheid heeft en het besluit en de afwegingen tot het verrichten van de rechtshandeling (marginiaal) moet toetsen. Ook juist is dat de invloed van een vertegenwoordiger beperkt zal zijn. Dit is inherent aan de redactie van artikel 2:146 BW. De AVA kan een vertegenwoordiger aanwijzen, maar op de besluitvormingsprocedure die daaraan voorafgaat, heeft deze geen invloed. Dit is echter geen grond om het agenderingsverzoek af te wijzen.

Zoals ook Nowak in zijn noot⁵ stelt, lijkt de voorzieningenrechter hieraan voorbij te gaan. De gevolgde besluitvormingsprocedure en het feit dat de AVA zich daar ten slotte over kan uitspreken, neemt immers niet weg dat de AVA, ook wanneer de RvC beoogt de vennootschap te vertegenwoordigen of daartoe een derde zal aanwijzen,⁶ altijd het recht heeft gebruik te maken van haar aanwijzingsbevoegdheid.

*Mr. H.W.P. van den Hout
Stibbe*

5. Vzr. Rb. Rotterdam 13 januari 2006, JOR 2006, 39, p. 294.

6. Van Schilfgaarde in alinea 9 van zijn noot bij het Joral-arrest, NJ 2002, 393.